

Tilburg University

## Aansprakelijkheden en bewijsrecht

Vranken, J.B.M.

*Published in:*  
Aansprakelijkheden

*Publication date:*  
1990

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Vranken, J. B. M. (1990). Aansprakelijkheden en bewijsrecht. In M. J. G. C. Raaijmakers, R. van Rooij, & J. Spier (Eds.), *Aansprakelijkheden: Opstellen rond het thema "Ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht" bij gelegenheid van het 60-jarig bestaan van het Nederlands Genootschap van bedrijfsjuristen* (pp. 225-234). Kluwer.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

PROF. MR J.B.M. VRANKEN

## AANSPRAKELIJKHEDEN EN BEWIJSRECHT

### I. DRIE RECENTE OPSTELLEN ALS UITGANGSPUNT. NIEUWE VRAGEN

Nadat ik aan de redactiecommissie had toegezegd te schrijven over de bewijspositie van partijen in het aansprakelijkheidsrecht, zijn over onderdelen van deze thematiek een drietal opstellen van anderen verschenen. Deze hebben mij in zoverre in een moeilijk parket gebracht dat veel van wat ik had kunnen en willen opmerken daarin al aan de orde is gesteld. Het gaat achtereenvolgens<sup>1</sup> om B. Wachter, Concernrecht en bewijs(on)mogelijkheden (Maeijerbundel), H.C.F. Schoordijk, De bewijslastverdeling onder het nieuwe bewijsrecht (themanummer WPNR over het nieuwe bewijsrecht) en A. Hammerstein, Te goeder trouw procederen (TPR).

Het heeft geen zin het werk van deze auteurs over te doen. Vruchtbaarder is het om op hun schouders te gaan staan en van daaruit te proberen een stapje verder te komen. Ik doe dit door aan te sluiten bij wat ik, met voorbijzien aan verschillen in detail en uitwerking, beschouw als de gemeenschappelijke boodschap van de drie bijdragen. In mijn eigen woorden samengevat<sup>2</sup> houdt deze boodschap in dat partijen jegens elkaar tot steeds meer gehouden zijn waar het gaat om de feitelijke grondslag van het geschil. Trefwoorden zijn de uitbreiding van de stelplicht en, in het verlengde hiervan, de toename van mededelingsplichten.

In deze bijdrage wil ik mij vooral richten op de consequenties van deze veranderingen voor het bewijsrecht (en wat daarmee samenhangt). Te denken is vooral aan de vraag of en in hoeverre het recht op geheimhouding en privacy de stel- en mededelingsplicht beperkt. Deze kwestie weegt zwaarder al naar gelang de plicht tot het verstrekken van informatie verder strekt. Angelsaksische lan-

1. De preciese vindplaatsen zijn resp. de bundel Van vennootschappelijk belang, 1988, blz. 379-391; WPNR 5937 (1989), blz. 680-698; TPR 1989, nr. 4.

2. In deze samenvatting doe ik geen recht aan de rijke inhoud van alle drie artikelen. De opgelegde beperking van de omvang van deze bijdrage dwingt mij evenwel daartoe.



den met een systeem van discovery<sup>3</sup> bewijzen dit. Te denken is voorts aan de bewijslastverdeling, alsmede aan de positie van de rechter in bewijsincidenten. Volgens de heersende leer kan de rechter deze nog steeds zonder motivering weigeren, met uitzondering van het getuigenverhoor. Past deze afstandelijke houding nog wel bij de actieve inzet die men van partijen verwacht? Andere consequenties die men meer dan tot dusverre onder ogen moet zien, zijn de vragen of de rechter niet een algemene bevoegdheid moet hebben partijen te gelasten stukken in het geding te brengen en of niet een zogenaamd bewijsbeslag moet worden geïntroduceerd.

## II. HET NIEUWE BEWIJSRECHT BEVAT GEEN ANTWOORD

Gegeven dat per 1 april 1988 een nieuw bewijsrecht in werking is getreden, zou men mogen verwachten daarin (het begin van) een antwoord op de gestelde vragen te vinden. Dat is echter niet het geval. Het nieuwe bewijsrecht recipieert in genen dele de veranderingen die zich de laatste decennia in het procesrecht hebben voltrokken. Deze veranderingen betreffen o.m. de groei van het aantal rekestprocedures ten koste van de dagvaardingsprocedure; de deformaliseringstendens in vooral de dagvaardingsprocedure, waarin een veranderde verhouding van partijen jegens elkaar tot uitdrukking komt; de groei van de inlichtingencomparitie en de codificatie in art. 141a jo 19a Rv van het comparitie-na-antwoord-model per 1 december 1989, waarin zich, samen met het terugdringen van het openbare orde-element<sup>4</sup>, manifesteert dat ook de verhouding van rechter en partijen aan het veranderen is, alsmede de invloed van verdragen, in bijzonder het EVRM (artt. 6 en 8), dat in korte tijd het gehele procesrecht, inclusief het bewijsrecht, heeft doortrokken.

Deze veranderingen versterken c.q. sporen ten dele met die welke ik hiervoor signaleerde bij het vaststellen van de feitelijke grondslag van het geschil: rechter en partijen staan op een andere manier tegenover elkaar dan traditioneel werd (en vaak nog wordt) aangenomen. Het nieuwe bewijsrecht geeft er geen blijk van dit te hebben verdisconteerd. Hier wreekt zich de lange duur van de parlementaire behandeling, die teruggaat tot 1959. Toen is het nieuwe bewijsrecht in de steigers gezet en daarbij is het op een enkel onderdeel na (de partijgetuige) gebleven. Op de hiervoor geformuleerde vragen bevat het geen antwoord. De belangrijkste ervan stel ik in het hierna volgende aan de orde, met uitzondering van de bewijslastverdeling, die voorlopig uitputtend is beschreven en geanalyseerd door Schoordijk. Ik verwijs gaarne naar zijn opstel in het WPNR.

3. Zie hierover mijn preadvies NJV 1986, Hand. deel I, tweede stuk, blz. 24 e.v. met verdere verwijzingen in noot 55-57.

4. Dit bewerkstelligt dat partijen op straffe van verlies van aanspraken actief hun rechten, wanneer deze geschonden dreigen te worden, moeten inroepen, ook als het gaat om wezenlijke processuele waarborgen, bijv. hoor en wederhoor, de openbaarheid van procedures, het houden van een getuigenverhoor zonder probandum, het niet tijdig inschrijven van zaken op de rol e.t.q.



### III. WELKE GRENZEN MOETEN WORDEN GESTELD AAN DE OMVANG VAN DE MEDEDELINGSPLICHTEN?

Dat men in het algemeen niet kan volstaan met een bloot feitelijke stelling als eis of als verweer, maar dat men deze stelling afhankelijk van de reactie van de wederpartij moet 'aankleden', is al lang gemeengoed. De scala van uiteenlopende situaties die zich hierbij kan voordoen, laat ik onbesproken. In de artikelen van Wachter, Schoordijk en Hammerstein is hierover, met verdere verwijzingen, voldoende te vinden. Mij gaat het om de gevallen dat een van de partijen haar stelling niet kan aankleden, omdat de gegevens die zij daarvoor nodig heeft alleen bij de wederpartij bekend zijn. De werknemer die ontslagen wordt wegens een reorganisatie, maar twijfelt aan de oprechtheid van dit argument of aan de zorgvuldigheid van de belangenafweging, kan zijn twijfel meestal niet met feiten staven, alleen al omdat hij niet over het reorganisatiedossier beschikt en er evenmin inzage in heeft gehad. Hetzelfde geldt voor de patiënt die een arts wegens een kunstfout aanspreekt: wat zich voor en tijdens de operatie heeft afgespeeld, weet hij niet. Ook in gevallen van beschuldiging van discriminatie, bijvoorbeeld bij het aannemen van personeel (art. 1637ij BW), verkeert de eisende partij meestal in de onmogelijkheid om zonder nadere gegevens van de wederpartij haar beschuldiging waar te maken. Het afbreken van onderhandelingen is een ander voorbeeld. Soms gebeurt dit om redenen die het daglicht (lees: het oordeel van de rechter) niet kunnen verdragen en daarom ook zorgvuldig worden verpakt in een opzet die de schijn van zakelijkheid heeft.

De Hoge Raad biedt in dit soort gevallen meer dan eens de helpende hand<sup>5</sup>, onder meer door van de ene partij te verlangen dat deze, behalve het motiveren van eis of verweer, ook voldoende feitelijke gegevens verschaft aan de andere partij, op wie de bewijslast blijft rusten, teneinde deze in de gelegenheid te stellen zich van die last te bevrijden door de onjuistheid van de verstrekte gegevens aan te tonen. De bewijslast wordt derhalve niet omgekeerd, maar het materiële resultaat verschilt hiervan niet veel. Vergelijk HR 25 juni 1982, NJ 1983, 151 (Rijnberg/Speerstra) met betrekking tot art. 1638x BW en HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 (Timmer/Deutman) over een geval van medische aansprakelijkheid. In de noot van Heemskerk onder dit laatste arrest worden nog andere, eerdere uitspraken vermeld, bijvoorbeeld over merkenrecht.

5. Buiten beschouwing laat ik de methode van omkering van de bewijslast, die van oudsher wordt gevolgd. De Hoge Raad refereert hieraan in het arrest van 1982, dat ik hierna in de tekst vermeld. De redenering loopt dan via het pad van het vermoeden: prima facie wekken de stellingen van de een het vermoeden juist te zijn, juister althans dan die van de ander. Men spreekt in dit verband ook wel van *res ipsa loquitur*. De ander kan dan in de gelegenheid worden gesteld dit vermoeden te ontzenuwen. Deze wijze van rechtspreken is meer verbreid dan vaak wordt aangenomen. Hammerstein en Wachter, beiden raadsheer, wijzen daarop in hun artikelen. Vergelijk voor voorbeelden op het gebied van de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen de dissertatie van Braams, Buiten-contractuele aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen, 1989, blz. 321-349, die – terecht – ook wijst op de materieelrechtelijke impact van deze rechtspraak. Zij komt in wezen neer op het met procesrechtelijke middelen aangaan van een zeker risico-element bij deze vorm van aansprakelijkheid.



Hoe ver strekt deze rechtspraak c.q. hoe ver dient deze rechtspraak te strekken? Tot nu toe ging het steeds om gevallen waarin de beoordeling van het geschil afhankelijk was van feiten die in de sfeer lagen van de partij op wie de bewijslast niet rustte. Dit is echter een vaag criterium, terwijl voorts de vraag is of het daarbij moet blijven, met name gelet op enkele van de hiervoor geschetste andere ontwikkelingen in het proces- en bewijsrecht. Ik licht dit toe. Om te beginnen een paar voorbeelden. Stel dat ik het dak van mijn huis heb laten bedekken met een nieuw soort materiaal, dat mij enthousiast is aanbevolen door het dakdekkersbedrijf. Het materiaal blijkt echter niet vochtbestendig. Geruchten circuleren dat anderen dezelfde klachten hebben en deze ook al hadden geuit vóórdat het bedrijf mij het materiaal zo enthousiast aanpreekt. Voor het al of niet slagen van mijn vordering op grond van dwaling of bedrog jegens het bedrijf is het van beslissend belang dat omtrent dit laatste zekerheid ontstaat. Is het bedrijf dan verplicht inzage te verschaffen in de relevante bladzijden van het cliënten- of klachtendossier, waardoor ik in staat zal zijn bij de daarin genoemde navraag te doen? Ik zou willen verdedigen van wel, al besef ik de problemen die kunnen ontstaan doordat het dossier 'voorbewerkt' wordt (zie ook hierna sub V over het bewijsbeslag). Hetzelfde neem ik aan in het hierboven genoemde geval van de wegens een reorganisatie ontslagen werknemer. Wat betreft vorderingen op grond van discriminatie, wijs ik op een recente uitspraak van het Europese Hof van Justitie van 17 oktober 1989<sup>6</sup> inzake het Deense Verbond van Werknemers in de handels- en kantoorsektor (HFK) tegen de Deense Werkgeversvereniging (DA). Het geschil betrof een beloningssysteem met individuele toeslagen, waarvan vrouwelijke werknemers de indruk hadden dat zij bij de mannen werden achtergesteld. Het systeem werd echter zodanig gehanteerd dat niemand de oorzaken kon vaststellen van een verschil in beloning tussen degenen die hetzelfde werk verrichtten. Het Hof oordeelde dat de werkgever zal moeten aangeven hoe hij de toeslagcriteria heeft toegepast. Hij moet derhalve zijn beloningsstelsel inzichtelijk maken.<sup>7</sup> Ik onderschrijf deze uitspraak volledig. De privacy-problemen die dit kan oproepen doordat wellicht gegevens van individuele werknemers moeten worden openbaar gemaakt, bespreek ik hierna sub IV.

De tegenwerping dat de partij die informatie moet verschaffen of mededelingen moet doen, hiermee gedwongen wordt bewijs tegen zichzelf te leveren, gaat niet op. Hammerstein vermeldt een uitspraak uit 1952<sup>8</sup>, waarin de Hoge Raad er nog niet aan wilde, maar een jaar later werd dit oordeel drastisch bijgesteld in het bekende bloedproef-arrest.<sup>9</sup> Sedertdien is het geen serieus punt van dis-

6. Ten tijde van het schrijven van dit artikel beschikte ik slechts over een verkorte weergave van de uitspraak. Het gaat om zaak 109/88.

7. Zie ook ontwerp EEG-richtlijn betreffende de bewijslast op het gebied van de gelijke beloning voor en de gelijke behandeling van vrouwen en mannen, waarover de SER geadviseerd heeft op 17 november 1989 (SER 89/22).

8. HR 7 maart 1952, NJ 1953, 402. Het geval betrof ook een bloedproef.

9. HR 12 juni 1953, NJ 1954, 61.



cussie meer en kan het dit ook niet meer zijn wanneer men er de latere ontwikkelingen bij betreft: het instituut van de partij-getuige, waardoor de partij onder ede desgevraagd zal moeten mededelen wat zij weet, alsook de forse groei van de inlichtingencomparitie van art. 19a Rv.<sup>10</sup> Vanaf 1 december 1989 geeft deze bepaling de rechter tevens de bevoegdheid partijen of een van hen te bevelen bepaalde stellingen mondeling toe te lichten of bepaalde op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. Het bevel van de rechter kan alle bescheiden omvatten die relevant (kunnen) zijn voor de beslissing van het geschil. Dit houdt in dat de gevraagde inlichtingen en bescheiden alleen tot onderwerp mogen hebben feiten en omstandigheden die (al of niet om procestechnische redenen) tussen partijen in confesso zijn dan wel niet in het geding zijn betrokken. Dit is dezelfde grens als overal geldt in het civiele procesrecht. Hammerstein bepleit in zijn opstel de in art. 19a Rv. aan de rechter gegeven bevoegdheid niet te beperken tot de inlichtingencomparitie. Zijns inziens zou de bevoegdheid, evenals in België en Frankrijk, algemeen moeten gelden. Daarvoor zijn goede argumenten aan te voeren<sup>11</sup>, maar ook zonder dat valt niet in te zien waarom als het gaat om de verlichting van de bewijslast, het element van de bewijsnood strikt zou moeten worden geïnterpreteerd. De rechter die anders wil, kan immers altijd art. 19a Rv. hanteren, ten aanzien waarvan de eis van bewijsnood, als gezegd, niet geldt!

Iets anders is hoe ver de rechter met het opleggen van mededelingsplichten – bij inlichtingencomparities, bij het verlichten van de bewijslast of in een andere fase van het proces – moet gaan. Dat is een vraag die naar het hart voert van ons procesrecht: hoe autonoom zijn partijen, hoe lijdelijk is de rechter en hoe lang wenst men zich (nog) neer te leggen bij het feit dat de processuele waarheid tengevolge van de weinig toeschietelijke of soms ronduit weigerachtige houding van een van de partijen meer dan eens zo veel verschilt van wat werkelijk is gebeurd? De tendens gaat duidelijk in de richting dat deze discrepantie meer en meer wordt teruggedrongen, althans voor zover er geen procestechnische redenen aan ten grondslag liggen, zoals het niet betwisten van feiten of het niet aanvoeren van grieven, want dan staat ook de rechter vaak machteloos.

Het gevolg is dat de rechter noodzakelijkerwijs een beetje meeprocedeert en dat partijen noodzakelijkerwijs een grotere openheid aan de dag moeten leggen

10. Art. 19a Rv oud, is in het nieuwe bewijsrecht aanvankelijk opgenomen geweest in art. 233 Rv. Dit laatste artikel is op zijn beurt vervallen bij de wet van 25 oktober 1989, Stb. 483, waarbij art. 19a Rv nieuw, is ingevoerd. Ik verwijs telkenmale naar art. 19a Rv nieuw.

11. Er zal dan wel een schriftelijk debat over ontstaan en dat wilde de Regering niet blijkens het desbetreffende wetsontwerp omtrent de comparitie na antwoord (19574). Of dit argument zoveel hout snijdt? Een comparitie kost ook veel tijd en wordt meer dan eens nog gevolgd door een conclusiewisseling. Dan kan men ook meteen een conclusiewisseling toestaan.



dan zij wellicht zouden wensen.<sup>12</sup> Voor wie in vertrouwde kaders denkt, moet dit beeld een gruwel zijn, maar ik meen dat de betrokkene dan de ogen sluit voor de werkelijkheid. Ook voor de historische werkelijkheid, want het beginsel van de lijdelijkheid van de rechter kent een wonderlijke geschiedenis en heeft allerm minst de kracht die men er vaak ongereflekteerd aan toekent. Chorus heeft dit in zijn Leidse oratie overtuigend aangetoond.<sup>13</sup> Zoals zo vaak is het derhalve niet zozeer een kwestie van principe, maar ook – en misschien zelfs vooral – van gewenning. Wat betreft de huidige tijd wijs ik er voorts op dat het in rekestzaken bijna niemand stoort als de rechter actief is. Integendeel: men vindt het normaal en goed. Is de aard van de dagvaardingsprocedure dan zodanig verschillend dat het daarin om die reden niet zou passen? Ik geloof er niets van. Een materieel criterium voor de keuze tussen rekest- of dagvaardingsprocedure ontbreekt. Ook inhoudelijk zijn beide procedures al zodanig naar elkaar toegegroeid, dat de vraag naar de zinvolheid van het handhaven van het onderscheid indringender wordt dan het zoeken naar verschillen.

#### IV. STELPLICHT, MEDEDELINGSPLICHT VERSUS GEHEIMHOUDING EN PRIVACY

De plicht tot openheid door het verschaffen van informatie en het overleggen van bescheiden roept de vraag op hoe het gesteld is met het recht op geheimhouding en het recht op privacy. Ondernemingen kunnen er ter bescherming van hun concurrentiepositie een groot belang bij hebben dat bepaalde gegevens niet bekend worden. Denk aan produktie-, omzet- en verkoopcijfers. Denk aan rapporten over marktontwikkelingen, die reden voor een bedrijf zijn van koers te veranderen, met als gevolg bijvoorbeeld gedwongen ontslagen of het afbreken van onderhandelingen met derden. Denk ook aan gegevens omtrent de route die gevolgd moet worden om bepaalde produkten, waarop een octrooirecht rust en die elders in het verkeer zijn gebracht, op goedkope manier te verwerven. Moet men deze route openbaar maken met het risico dat anderen haar ook zullen gaan volgen en de produkten dus duurder worden? Ook de privacy kan in het geding zijn, bijvoorbeeld wanneer men bij het inzichtelijk maken van een beloningssysteem als waarvan sprake was in de hiervoor vermelde Deense zaak, de salarisgegevens van individuele werknemers op tafel moet leggen. Ik noem voorts psychiatrische, psychologische of medische rapporten die in een procedure tegen iemand die aansprakelijk wordt gesteld, relevant kunnen zijn, hetzij

12. Een andere vraag in dit verband is of en in hoeverre een partij er soms voor moet zorgen de beschikking te hebben over bepaalde gegevens, bijv. over het aantal klachten, over de moeite die men heeft gedaan buitenlanders aan woonruimte te helpen, over het aantal stortingen van afval gedurende een bepaalde periode met een uitsplitsing naar soorten afvalstoffen e.t.q. (zie voor dit laatste HR 13 november 1987, NJ 1988, 139, inzake Den Haag/Bohemen en Bensal, waarin zo'n plicht door het Hof lijkt te zijn aanvaard). Ik kan er niet verder op ingaan in deze bijdrage en volsta met op te merken dat ik een dergelijke plicht in het algemeen niet zou willen aanvaarden.

13. J.M.J. Chorus, *De lijdelijkheid van de rechter. Historie van een begrip*, 1987.



ter bevestiging, hetzij ter disculpatie. Het belang van een van de partijen is gediend met overlegging, het privacy-belang van de ander verzet er zich tegen. In een aantal gevallen zou openbaarmaking van de gegevens (ook) in strijd kunnen zijn met het belang van derden, bijvoorbeeld offertes voor of rapporten over de financiële haalbaarheid van bepaalde projecten. Kan dit een argument zijn de gegevens niet over te leggen? Kan een derde zich hiertegen verzetten en heeft hij het recht tevoren gehoord c.q. geïnformeerd te worden over wat men van plan is?

Naarmate de grenzen van de mededelingsplichten ruimer worden getrokken, neemt het aantal gevallen waarin deze plicht botst met het recht op geheimhouding of privacy toe. Het is tekenend voor ons civiel procesrecht dat hieromtrent geen enkele voorziening bestaat, noch voor de verhouding tussen partijen, noch ten behoeve van derden. In de rechtspraak is er uitsluitend iets over te vinden in het kader van onrechtmatig bewijs, maar veel is dat niet, omdat ook het leerstuk van onrechtmatig bewijs in civilibus nog nauwelijks is ontgonnen.<sup>14</sup> Buiten dit terrein is de enige mogelijkheid die de rechter ter beschikking staat om geheime of privacygevoelige informatie en bescheiden te beschermen door hiervan geen mededeling of overlegging te bevelen c.q. aan niet mededelen of niet overleggen geen nadelige gevolgen te verbinden. De beslissing van de rechter moet dan gebaseerd zijn op een afweging van belangen, maar hierbij moet meteen worden aangetekend dat een dergelijke afweging op voorhand al enigermate kreupel loopt, omdat de rechter in Nederland zich volgens de gangbare opvatting niet kan en niet mag verdiepen in de vraag hoe geheim of privacygevoelig de informatie en de bescheiden werkelijk zijn. Zie bij wijze van voorbeeld de overwegingen van de RC in de zaak Enka/Dupont.<sup>15</sup> Een soortgelijk verschijnsel heb ik in mijn preadvies voor de NJV 1986 geconstateerd in de regeling van het professionele verschoningsrecht: de rechtspraak van de Hoge Raad brengt mee dat de rechter noodgedwongen aan de verschoningsgerechtigde een ruime beoordelingsmarge moet gunnen.<sup>16</sup>

Ten aanzien van het verschoningsrecht heb ik, mede onder verwijzing naar het Engelse en het Europese recht, een meer genuanceerde benaderingswijze verdedigd.<sup>17</sup> Voor het thema van deze bijdrage is een soortgelijke nuancering mogelijk en wenselijk. Daarvoor is in de eerste plaats nodig dat de rechter zich minder terughoudend opstelt bij de beoordeling van de vraag of en in hoeverre informatie en bescheiden door het zegel van de geheimhouding of de privacy

14. Vgl. HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928, over de bespioneerde bijstandsmoeder; HR 23 mei 1986, NJ 1987, 702, over een FIOD-rapport, en HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 850, over een buiten medeweten van de ander gemaakte bandopname. In de conclusie voor dit laatste arrest zijn ook gegevens opgenomen over de vraag of en in hoeverre een rechtspersoon zich op bescherming van privacy kan beroepen.

15. Kenbaar uit HR 29 maart 1985, NJ 1986, 242. Het betrof een voorlopig getuigenverhoor, waarin werknemers zouden moeten worden gehoord over zaken die bedrijfsgeheimen waren.

16. Hand. NJV 1986, deel I, tweede stuk, blz. 108 e.v.

17. T.a.p. blz. 123 e.v. jo, blz. 20 e.v., met name blz. 22/23.



behoren te worden beschermd. Vervolgens is nodig dat de rechter meer armslag krijgt bij de beoordeling van deze vraag dan ja of neen. Hij moet bijvoorbeeld toestemming kunnen geven namen en adressen door te strepen, passages zwart te kleuren, gedeelten samen te vatten, de kernbestanddelen er uit te lichten, te bepalen dat de gegevens alleen in deze ene procedure mogen worden gebruikt, dat bescheiden onder berusting van de advocaat moeten blijven en niet aan zijn cliënt mogen worden doorgespeeld e.t.q. Op deze manier kan veel beter worden tegemoet gekomen aan de tegengestelde belangen van beide partijen. Strijd met art. 6 EVRM en met name met het recht van hoor en wederhoor<sup>18</sup> is niet te vrezen: alles wat dient tot grondslag van de beslissing wordt immers bekend gemaakt c.q. ter beschikking gesteld aan beide partijen, die daarop vervolgens kunnen reageren. Van alleen vertrouwelijk aan de rechter medegedeelde feiten is geen sprake.<sup>19</sup>

Bij de vraag welke informatie en bescheiden niet geopenbaard behoren te worden, zou men een vergelijking kunnen trekken met de Wet Openbaarheid van Bestuur. In deze wet, die ook privaatrechtelijk van belang is, zijn enkele uitzonderingen opgenomen op het in het administratieve recht voor de overheid verankerde beginsel van openbaarheid (in administratiefrechtelijke procedures bijvoorbeeld moet de overheid in beginsel haar gehele dossier van de zaak overleggen). De relevante uitzonderingen die zich lenen voor veralgemening, zijn die van art. 4, sub c, e, h en i, resp. betrekking hebbend op bedrijfs- en fabricageheimen, zwaarwegende economische en financiële belangen, de privacy en – als vangnet – een onevenredige bevoor- of benadeling van betrokkenen of derden. Voor meer gegevens verwijs ik naar een artikel van M. Kobussen in het WPNR 5952.

## V. BEWIJSBESLAG EN DE POSITIE VAN DE RECHTER IN BEWIJSINCIDENTEN

In het voorafgaande zijn de belangrijkste consequenties voor het bewijsrecht van de veranderingen in de stel- en mededelingsplichten c.a. aangeduid en van enkele kanttekeningen voorzien. In het verlengde hiervan ligt het bewijsbeslag, dit wil zeggen een beslag onder de wederpartij of onder derden op goederen en documenten teneinde als bewijs in een procedure te dienen. Onwillige of tegenwerkende wederpartijen zouden op deze manier tot openbaarmaking worden gedwongen. Het zou procedures aanmerkelijk kunnen versnellen en qua feitelijke grondslag vollediger kunnen maken. Tot op heden kennen wij een dergelijk beslag in ons civiel procesrecht niet. Voor zover ik weet wordt er ook niet serieus over gedacht. Ik besef dat er veel haken en ogen aan vastzitten en dat dit

18. Wat betreft de privacy gaat het dan om een botsing van art. 6 met art. 8 EVRM. In het personen- en familierecht is deze botsing veel heviger.

19. Zie ook het genoemde artikel van Wachter in dit verband die de 'protective order' van het Angelsaksische recht bespreekt en eveneens wijst op het Europese recht met vermelding van rechtspraak.



artikel niet het kader biedt er nader op in te gaan, maar ik wilde het niet onvermeld laten. Het zou een mooi proefschriftonderwerp zijn voor een jonge a- of oio.

Tot slot wijs ik er op dat in het licht van de geschetste veranderingen ook de positie van de rechter in bewijsincidenten bijna anachronistisch is. De vele debatten en rechtspraak over de vraag of en wanneer een aanbod tot getuigenbewijs is gedaan, dit te vaag is dan wel anderszins al of niet terecht is gepasseerd, wekt bij mij vaak verwondering en wrevel op, omdat ik het gevoel heb dat het niet om de kern van de zaak gaat.

Hetzelfde geldt voor de rechtspraak in andere gevallen waarin de rechter hooghartig oordeelt zich voldoende voorgelicht te achten en geen deskundigenbericht, descende of openlegging van boeken gelast. Ik meen dat wanneer de partijen zich steeds meer (en terecht) moeten inspannen een zo volledig mogelijk beeld te geven van de feitelijke grondslag van hun geschil, wanneer ze daartoe door de rechter ook kunnen worden aangemaand (met consequenties wanneer ze er geen gevolg aan geven), dat het dan niet meer aangaat dat de rechter zonder motivering bewijsincidenten kan weigeren of bij een aanbod tot getuigenbewijs kan volstaan met te toetsen op de manier zoals hij doet. Net zo min als de partijen binnen de grenzen van hun geschil dominus litis zijn ten aanzien van het aankleden van hun stellingen, zo is ook de rechter niet dominus litis in bewijsincidenten. De toets zal telkenmale moeten zijn of een bepaald bewijsmiddel een zinvolle en verantwoorde bijdrage zal kunnen leveren aan het vaststellen van wat werkelijk is gebeurd. Hieruit zal een nieuwe verhouding moeten groeien van wat des rechters en wat des partij is en op basis daarvan zal de rechter in bewijsincidenten moeten beslissen en, in gevallen dat partijen om bewijslevering verzocht hebben, moeten motiveren. Deze motivering is derhalve niet, zoals thans vaak, formeel, maar inhoudelijk, gericht op het belang van een goede beslissing, die gebaseerd is op wat zich tussen partijen werkelijk heeft voorgedaan.